

Aktuálne trendy v oblasti hospodárskej súťaže:

Nový prístup k notifikačným kritériám
pri oznámeniach koncentrácií

KINSTELLAR



Zuzana Hodoňová

25. október 2017

Potenciálne problémy navrhovanej úpravy z pohľadu právnej istoty: „hodnota transakcie“ I.

- Súčasné obrátové kritériá sú považované podnikateľmi za **silnú stránku a výhodu systému kontroly koncentrácií** na úrovni EÚ a vo väčšine členských krajín.
 - Hlavné výhody súčasnej úpravy – prehľadnosť a transparentnosť pri transakciách
 - Nové pravidlá môžu ustálenú prax a stav narušiť
- Očakávaný prínos novely rakúskeho zákona – zachytenie 5 prípadov ročne na základe nových kritérií

Potenciálne problémy navrhovanej úpravy z pohľadu právnej istoty: „hodnota transakcie“ II.

- V kontexte prebiehajúcej diskusie sa kritérium hodnoty transakcie môže javiť ako objektívne
- Na dynamicky sa vyvíjajúcich trhoch je zložité predvídať hodnotu inovatívnych produktov
 - Napr. na digitálnych trhoch sa spoločnosti snažia skôr než uspieť na existujúcom trhu vytvoriť a ovládnuť nový trh prostredníctvom inovácií produktov a služieb, ktoré nahradia existujúce
- Ak by sa hodnota stanovovala na základe skúseností s digitálnymi alebo farmaceutickými trhmi, prah by mohol byť nastavený príliš vysoko pre iné sektory
- Naopak, nižší prah by mohol spôsobiť preťaženie súťažných orgánov kvôli vyššiemu počtu oznámení napr. v digitálnom sektore



Potenciálne problémy navrhovanej úpravy z pohľadu právnej istoty: „hodnota transakcie“ II. (pokr.)

- Nastavenie hodnoty by mohlo byť nedostatočné, kde je relevantný trh tradične regionálny
 - Kritérium hodnoty transakcie nastavené podľa národných parametrov by nemuselo zachytiť koncentrácie s nie národným, ale regionálnym významom.
 - Na strane druhej je nutné pripustiť, že koncentrácie v digitálnom sektore majú pravdepodobne supra-národný rozmer.
- Pri globálnych koncentráciách by hodnota transakcie nebola vhodným ukazovateľom, ak by veľkosť obchodných aktivít novovzniknutého subjektu v EÚ resp. na Slovensku bola zanedbateľná.



Potenciálne problémy navrhovanej úpravy z pohľadu právnej istoty: „hodnota transakcie“ III.

- hodnota transakcie je často **počítaná na základe variabilných parametrov** (earn-out, kolísanie ceny akcií, dlh spoločnosti, opatrenia založené na výkonnosti, odplata za non-compete, prevzaté záväzky)
- stanovenie hodnoty transakcie, ktorá zahŕňa **nepeňažné plnenie**
- stanovenie hodnoty transakcie pri **založení JV**
- **fluktuácia kúpnej ceny** medzi uzatvorením a účinnosťou transakcie, napr. pri protiplnení v cenných papieroch
- **potenciálne obídenie** prahového kritéria prostredníctvom oddialenia alebo rozdelenia platby
- **nesprávny odhad** hodnoty cieľovej spoločnosti
- **účelové stanovenie kúpnej ceny** pod relevantný prah s cieľom vyhnúť sa oznámeniu transakcie



Kritérium „veľkosti transakcie“ v USA

- Test „**veľkosti transakcie**“ (size of transaction test) existuje aj v právnej úprave kontroly koncentrácií v USA
 - §17 Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act;
 - Title 16 of the Code of Federal Regulations - §801
- Test „**veľkosti transakcie**“ je splnený, ak v dôsledku transakcie kupujúci nadobudne, resp. bude mať právo vykonávať hlasovacie práva (voting securities), majetok (assets) nadobúdaného podniku a podiely na zisku v neregistrovaných spoločnostiach (non-corporate interests) v celkovej hodnote viac ako 50 mil. USD (hodnota sa indexuje, v 2017 bola 80,8 mil. USD)

Kritérium „veľkosti transakcie“ v USA (pokr.)

- Ak je hodnota transakcie menšia ako 200 mil. USD (po indexácii za rok 2017 323 mil. USD) pristupuje ešte ďalší test „**veľkosti účastníkov koncentrácie**“ (size of person test) – obrat a hodnota majetku jedného z účastníkov koncentrácie predstavuje aspoň 100 mil. USD (po indexácii za rok 2017 161.5 mil. USD) a zároveň obrat a hodnota majetku druhého účastníka koncentrácie aspoň 10 mil. USD (po indexácii za rok 2017 16.2 mil. USD)
- Systém kontroly koncentrácií v USA pozná množstvo výnimiek. Napríklad nadobudnutie iných ako US akcií / obchodných podielov alebo majetku **je vyňaté** v prípade ak obrat alebo hodnota majetku nadobúdaného podniku v USA nepresahuje 50 mil. USD (po indexácii rok za 2017 80.8 mil. USD)



Potenciálne problémy navrhovanej úpravy z pohľadu právnej istoty: „významné aktivity“

- Rakúsko prijalo a Nemecko zrejme čoskoro prijme v kumulatívnej kombinácii s kritériom hodnoty transakcie aj požiadavku, na základe ktorej bude musieť mať nadobúdaný podnikateľ „významné aktivity“ v týchto jurisdikciách
 - Bez ďalších usmernení alebo poznámok táto formulácia umožňuje súťažným orgánom vykladať existenciu významných obchodných aktivít subjektívne a posudzovať každú relevantnú koncentráciu na základe značných diskrečných právomocí
 - Obe kritériá – hodnota transakcie a existencia významných aktivít – sú kumulatívne, čím stráca kritérium významných aktivít zásadný význam a činí kritérium hodnoty transakcie dôležitejším



Potenciálne problémy navrhovanej úpravy z pohľadu právnej istoty: alternatívne kritériá I.

- Pred 3 rokmi bolo na Slovensku navrhované prijať doplňujúce notifikačné kritérium založené na potenciále koncentrácie „značne narušiť účinnú hospodársku súťaž“, na základe ktorého by oznámenie mohol vyžiadať PMÚ alebo by koncentráciu mohli oznámiť sami účastníci:

*„[...] úrad vyzve účastníka koncentrácie na jej oznámenie, ak dôsledkom koncentrácie môže byť značné narušenie účinnej hospodárskej súťaže na relevantnom trhu najmä v dôsledku vytvorenia alebo posilnenia dominantného postavenia alebo účastník koncentrácie môže oznámiť koncentráciu, ak dôsledkom koncentrácie môže byť značné narušenie účinnej hospodárskej súťaže na relevantnom trhu najmä v dôsledku vytvorenia alebo posilnenia dominantného postavenia a to **do 9 mesiacov odo dňa vzniku koncentrácie.**“*



Potenciálne problémy navrhovanej úpravy z pohľadu právnej istoty: alternatívne kritériá I. (pokr.)

- Formulácia kopíruje Nariadenie EÚ o fúziách, ale na rozdiel od nariadenia, v ktorom slúži ako substantívny test na samotné posúdenie zlučiteľnosti koncentrácie s jednotným trhom EÚ, v tomto prípade by ukladala povinnosť oznamovať transakciu na základe *prima facie* vyhodnotenia.
 - Toto kritérium by súťažným orgánom poskytlo vysokú mieru flexibility, ale zároveň by určovanie notifikačnej povinnosti na jeho základe vyžadovalo značné ekonomické a hmotnoprávne posúdenie bez znalosti úplných faktov a okolností transakcie.
 - Vágnosť kritéria by spôsobila, že v relevantnej 9-mesačnej lehote by účastníci čelili značnej právnej neistote

Potenciálne problémy navrhovanej úpravy z pohľadu právnej istoty: alternatívne kritériá II.

*„[...] úrad vyzve účastníka koncentrácie na jej oznámenie, ak dôsledkom koncentrácie môže byť značné narušenie účinnej hospodárskej súťaže na relevantnom trhu najmä v dôsledku vytvorenia alebo posilnenia dominantného postavenia alebo **účastník koncentrácie môže oznámiť koncentráciu**, ak dôsledkom koncentrácie môže byť **značné narušenie účinnej hospodárskej súťaže** na relevantnom trhu najmä v dôsledku vytvorenia alebo posilnenia dominantného postavenia a to **do 9 mesiacov odo dňa vzniku koncentrácie**.“*

- Lehota 9 mesiacov je z pohľadu korporátnej reality príliš dlhá a pôsobila by na fúzie a akvizície destabilizujúco v dôsledku možného zásahu PMÚ až v rámci 9 mesiacov



Dobrovoľné oznamovanie koncentrácií I.

- Na rozdiel od trendu v EÚ, Rakúsku a v Nemecku prijať doplňujúce notifikačné kritériá, niektoré jurisdikcie sa rozhodli pre systém **dobrovoľného oznamovania koncentrácií**, ako napr. Veľká Británia alebo Austrália, ktoré v praxi posudzujú menej transakcií ako krajiny, v ktorých je notifikácia povinná.
- Súťažné úrady aj v krajinách, kde sa uplatňuje systém dobrovoľného oznamovania však majú právomoc preskúmať navrhované transakcie ***ad hoc***.
- Štandardne však účastníci koncentrácií vyhodnocujú dopady transakcie sami a napr. v britskom kontexte im v rozhodovaní o tom, či by mali koncentráciu oznámiť, pomáha to, že CMA (UK) sprístupňuje svoje know-how prostredníctvom **vydávania usmernení alebo detailných rozhodnutí**.



Dobrovoľné oznamovanie koncentrácií II.

- Veľká Británia nezamýšľa prijať doplňujúce notifikačné kritériá, argumentujúc, že na zachytenie všetkých relevantných transakcií postačí tzv. test „podielu dodávok“ (**share of supply test**)
- Princípy, na základe, ktorých sú koncentrácie „notifikovateľné“ v systémoch dobrovoľného oznamovania sú teda menej objektívne ako jednoznačne definované obrátové kritériá pre notifikačnú povinnosť.
 - Nakoľko subjektívne notifikačné kritériá majú tendenciu znižovať mieru právnej istoty, sú vhodnejšie pre systém dobrovoľného oznamovania koncentrácií



Špecifické súťažno-právne problémy v digitálnom sektore a farmaceutickom priemysle

- Komisia a národné súťažné orgány, odkazujúc na koncentráciu Facebook/WhatsApp, argumentujú, že predovšetkým špecifiká digitálneho a farmaceutického sektora volajú po prijatí doplňujúcich notifikačných kritérií
 - Zároveň je však nová úprava v Rakúsku aj návrh v Nemecku aplikovateľný na všetky odvetvia a k špecifickej sektorovej regulácii zrejme nedôjde ani na úrovni úrovni



Špecifické súťažno-právne problémy v digitálnom sektore a farmaceutickom priemysle (pokr.)

- Súťažný orgán by pri aplikácii prípadných doplňujúcich kritérií v oblasti digitálnej ekonomiky a farmaceutického priemyslu zrejme rovnako čelil ťažkostiam predovšetkým pri definíciách relevantných trhov.
 - Hoci išlo o oblasť antitrustu, nedávno uzavretý **prípád Komisie vo veci Google** je ilustráciou zložitosti digitálnych trhov a ich správnej definície.
 - Komisia trh definovala ako trh horizontálnych (všeobecných) online vyhľadávačov v EHS.
 - Kritika tvrdí, že relevantný trh je viacrozmerný a zahŕňa aj vertikálne (špecializované) vyhľadávače ako Amazon, eBay a Facebook a aj zadávanie webových stránok priamo v internetovom prehliadači a zahŕňa aj ponuku spoplatneného reklamného priestoru online ako aj v tlači a geografický trh je globálny, pričom dominantným všeobecným vyhľadávačom v Rusku je Yandex a v Číne Baidu.



Špecifické súťažno-právne problémy v digitálnom sektore a farmaceutickom priemysle (pokr.)

- Analýza definície relevantného produktového trhu vo farmaceutickom priemysle býva pri liekoch komplikovaná. Pri špecifických typoch liekov (napr. „onko“ lieky) môže byť relevantný produktový trh definovaný až na úrovni molekuly alebo podľa štádia a línie liečby určitého ochorenia, čo vyžaduje odborné analytické skúmanie. Už len samotná definícia trhov tak môže byť náročná na prostriedky z verejných zdrojov.
- Zároveň, hoci účelom nových kritérií je zachytiť aj transakcie s nižšími obratmi účastníkov koncentrácie, ktorí sú potenciálnymi konkurentami, v zmysle oznámenia Komisie o definícii relevantného trhu sa potenciálna konkurencia, pri definícii trhov neberie do úvahy (para 24)



Otázky?

KINSTELLAR

Ďakujem za pozornosť!



Zuzana Hodoňová

Counsel

T: +421 259 291 148

M: +421 904 775 148

zuzana.hodonova@kinstellar.com